

VILLE DE CREST

Rhône-Alpes Région

## VILLE DE CREST

### Réalisation d'un Centre Nautique

Mission d'assistance pour la  
passation d'un contrat de  
partenariat

AIDE AU CHOIX DU MODE DE REALISATION ET  
EVALUATION PREALABLE

Octobre 2013

11 M €  
1325000 € / an  
1056000 € / an  
- 4%  
- 4 mois

- Architect  
- charges



## MEMORANDUM

Objet : Rapport d'évaluation préalable

Rédacteurs : Fabrice RENOIR – Directeur du Pôle Sport-Loisirs  
Valérie PRETZLAF – Consultante du Pôle Sport-Loisirs  
Romain FRANCOZ – Expert financier Service Public 2000  
Sébastien KOPELIANSKIS – Juriste Service Public 2000

Date : Octobre 2013

Version : 5.0

# Mission d'assistance pour la passation d'un contrat de partenariat

## SOMMAIRE

<b>1. PREAMBULE .....</b>	<b>6</b>
<b>2. PRESENTATION DU PROJET .....</b>	<b>9</b>
2.1. HISTORIQUE, CONTEXTE ET ENJEUX DU PROJET .....	9
2.2. ELEMENTS DE PROGRAMME .....	9
2.3. IMPLANTATION DU PROJET .....	12
2.4. RISQUES ET CONTRAINTES IDENTIFIES .....	13
<b>3. SOLUTIONS JURIDIQUES DE REALISATION ET DE GESTION DU FUTUR CENTRE AQUATIQUE .....</b>	<b>14</b>
3.1. LES SCENARIOS EXCLUS .....	14
3.1.1. La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) .....	14
3.1.2. L'Autorisation d'occupation temporaire du domaine couplée à une location avec option d'achat (AOT-LOA) .....	14
3.1.3. Le marché de conception-réalisation .....	16
3.1.4. Le Bail emphytéotique administratif (BEA) .....	21
3.2. LES SCENARIOS ENVISAGEABLES PAR LA COLLECTIVITE .....	24
3.2.1. Les marchés séparés : les marchés publics classiques (maîtrise d'œuvre en loi MOP et marchés de travaux et autres marchés liés (SPS, OPC, CT...)) .....	24
3.2.2. Le recours à un marché public de conception, réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM) .....	27
3.2.3. Le contrat de partenariat .....	30
3.3. LES MONTAGES DESTINES A L'EXPLOITATION .....	40
3.3.1. L'exploitation par le biais d'une régie directe .....	40
3.3.2. L'exploitation confiée à un tiers dans le cadre d'un marché de service .....	42
3.3.3. L'exploitation confiée à un tiers dans le cadre d'un affermage ou d'une régie Intéressée .....	44
3.3.4. L'exploitation par le biais d'une Société publique locale (SPL) .....	46
3.3.5. L'exploitation par le biais d'une Société d'économie mixte locale (SEML) .....	47
<b>4. EVALUATION PREALABLE EN VUE DE LA REALISATION DU FUTUR CENTRE AQUATIQUE .....</b>	<b>49</b>
4.1. ELIGIBILITE DU PROJET AU CONTRAT DE PARTENARIAT .....	50
4.1.1. La complexité .....	50
4.1.2. L'urgence .....	56
4.1.3. Le bilan avantages / Inconvénients en faveur du contrat de partenariat .....	58
<b>5. COMPARAISON DES SCENARIOS EN TERMES ECONOMIQUES, FINANCIERS ET PERFORMANCIELS .....</b>	<b>59</b>
5.1. HYPOTHESES RETENUES POUR L'ANALYSE QUANTITATIVE .....	59
5.1.1. Présentation générale des scénarios .....	59
5.1.2. Hypothèses en matière d'allocation des risques .....	61
5.1.3. Hypothèses temporelles .....	73
5.1.4. Hypothèses en matière de coût de conception-construction .....	74
5.1.5. Hypothèses en matière de participations publiques .....	78
5.1.6. Hypothèses de financement .....	78

5.1.7. Hypothèses d'entretien-maintenance .....	81
5.1.8. Hypothèses de recettes annexes .....	81
5.1.9. Hypothèses d'inflation et d'actualisation .....	82
5.1.10. Hypothèses fiscales .....	82
5.1.11. Hypothèses comptables en contrat de partenariat .....	85
5.2. RESULTATS DE L'ANALYSE QUANTITATIVE .....	86
5.2.1. Résultats des scénarios .....	86
5.2.2. Niveau du loyer en CP .....	86
5.3. PRISE EN COMPTE DE L'AVANTAGE SOCIO-ECONOMIQUE .....	87
5.4. ANALYSE COMPARATIVE DES SCHEMAS .....	88
5.4.1. Analyse au regard de performance .....	89
5.4.2. Analyse au regard de la répartition des risques .....	95
5.4.3. Analyse au regard des règles de financement .....	96
5.4.4. Analyse au regard des exigences de développement durable .....	97
6. CONCLUSION .....	98

## 1. PREAMBULE

La commune de Crest souhaite se doter d'un nouvel équipement aquatique moderne et fonctionnant à l'année, afin de remplacer l'offre de la piscine de plein air existant sur son territoire. En effet, à l'heure actuelle, la commune ne peut répondre aux besoins des différentes catégories d'usagers tout au long de l'année, et notamment aux besoins des populations scolaires, dont certaines ne disposent pas de créneaux de natation.

A l'heure actuelle, le projet de construction d'un équipement aquatique est porté par la commune de Crest. Cependant, un projet de création d'une Communauté de Communes est en cours, projet qui devrait voir le jour au 1<sup>er</sup> janvier 2014. Une fois la Communauté de Communes créée, la maîtrise d'ouvrage du projet deviendra intercommunale.

À ce jour, un certain nombre d'études ont été réalisées, notamment l'étude des besoins et de pré-programmation du futur équipement. Le programme général de l'équipement n'a pas encore été rédigé, mais le coût d'investissement et les caractéristiques principales de l'équipement ont été estimés.

Les principes programmatiques du projet de nouveau complexe aquatique devront permettre d'offrir aux usagers plusieurs espaces et ambiances au sein d'un même équipement :

- un espace sportif,
- un espace ludique,
- un espace bien-être et forme.

Ainsi, le nouveau centre nautique se veut mixte et multifonctionnel, afin d'allier pratiques sportives, bien-être et détente.

Le mode de réalisation envisagé à ce stade par la collectivité pour la réalisation de l'équipement est le **contrat de partenariat**. Cette nouvelle forme de contrat, créée par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 et précisée notamment par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, est venue compléter les outils contractuels traditionnels dont disposaient jusqu'alors les personnes publiques pour réaliser et entretenir leurs équipements publics.

Le contrat de partenariat, qui confie à un seul et même acteur économique une mission globale de conception, financement, construction et éventuellement maintenance d'un équipement, permet, si certaines conditions sont réunies, d'améliorer l'efficacité de la commande publique.

Le législateur a souhaité que le contrat de partenariat reste un outil dérogatoire au droit commun de la commande publique et que soit systématiquement démontrée la pertinence de son usage au cas par cas. C'est l'objet de l'**évaluation préalable**.

L'article L1414-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dispose :

« I. - Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable précisant les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage



des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte. Cette évaluation est menée selon une méthodologie définie par le ministre chargé de l'économie.

Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

1° Que, compte-tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

ou 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible ;

ou 3° Ou bien encore que, compte-tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ». ⚠

Un arrêté du Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi en date du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat a précisé les éléments que doit comporter cette évaluation préalable :

« L'évaluation préalable mentionnée à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée et à l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales comporte les éléments suivants :

I. - Présentation générale :

a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte et ses enjeux ;

b) De la personne porteuse du projet, notamment ses compétences et son statut. ➔

II. - Partie juridique démontrant l'urgence, la complexité ou l'efficience du projet et présentant les schémas juridiques envisageables.

III. - Analyse comparant les divers schémas juridiques retenus, comprenant :

a) Un cadrage, notamment les périmètres, les procédures, les calendriers et la durée totale du contrat distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation ;

b) Un chiffrage en coût complet, comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement, de fonctionnement du projet pour la personne publique et pour le partenaire privé avec leur évolution dans le temps, une estimation des recettes annexes éventuelles ainsi que le traitement comptable et fiscal retenu ;

c) Une actualisation, comprenant notamment la période et le taux retenu, et une estimation des coûts en valeur actuelle des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne porteuse du projet ;

d) Une prise en compte du risque, des performances et du dédit, présentant notamment la répartition des risques entre les acteurs public et privé, leur valorisation monétaire, les calculs des valeurs de basculement des principaux paramètres et les tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts ;

e) La prise en compte du développement durable ».

**Le présent rapport a pour objet de vérifier, à travers une évaluation préalable, la pertinence pour la commune de Crest de recourir à la procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la construction de son futur équipement aquatique.**



## 2. PRESENTATION DU PROJET

### 2.1. HISTORIQUE, CONTEXTE ET ENJEUX DU PROJET

Aujourd'hui, une piscine de plein air est en fonctionnement sur le territoire de la commune de Crest. Cette piscine municipale, construite en 1972, ne répond plus à la demande contemporaine en matière de natation et d'activités aquatiques, et notamment à la demande tout au long de l'année. Les populations scolaires souffrent tout particulièrement de cette situation, dans la mesure où de nombreuses classes n'ont accès à aucun équipement aquatique pour des cycles de natation.

Les élus de la commune, conscients de cette situation, ont pris la décision il y a plusieurs années déjà de créer un centre aquatique couvert, fonctionnant à l'année, afin d'offrir à la population un centre aquatique moderne, répondant à un éventail plus large de besoins, programmé pour les 25 ans à venir. A ce jour, un certain nombre d'études ont été réalisées, notamment une étude des besoins et de pré-programmation. *Rapports de cette étude?*

Les principes programmatiques du projet de nouveau complexe nautique permettront d'offrir aux usagers plusieurs espaces et ambiances au sein d'un même équipement :

- un espace sportif, ✓
- un espace ludique, ✓
- un espace bien-être et forme. ✓

Ainsi le nouveau centre nautique se veut mixte et multifonctionnel, afin d'allier pratiques sportives, bien-être et détente. *?*

A l'heure actuelle, le projet de construction du futur centre aquatique est porté par la commune de Crest. Cependant, la création d'une Communauté de Communes, rassemblant 15 000 habitants et 17 communes, est prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 2014. L'intercommunalité prendrait alors la direction du projet. *Validation par la future interco? L*

### 2.2. ELEMENTS DE PROGRAMME

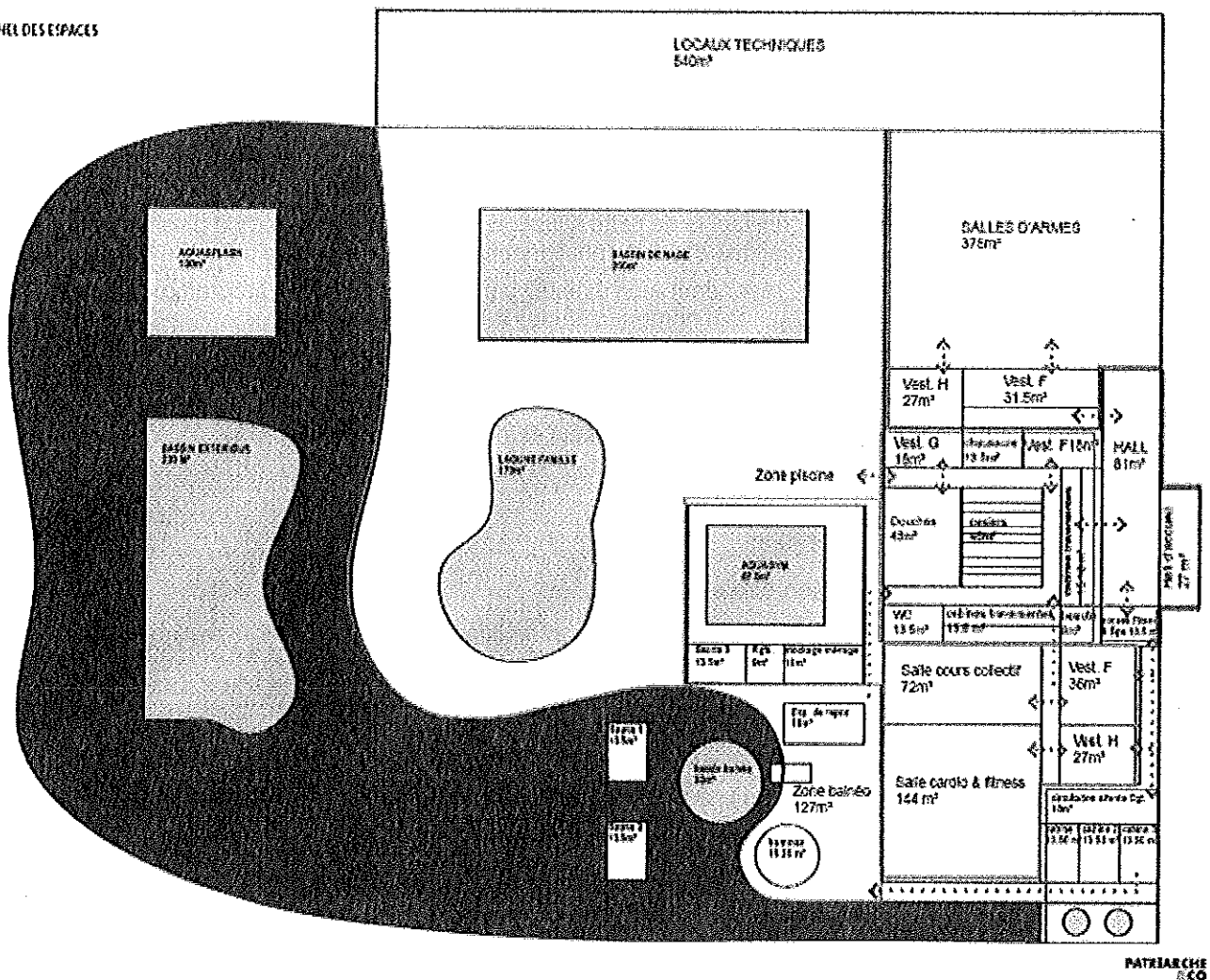
Une première version du pré-programme a été remise en novembre 2008 à la collectivité par un bureau d'études spécialisé dans la programmation des équipements aquatiques. Ce pré-programme a fait l'objet de réflexions au sein de la collectivité afin d'aboutir à un projet au cours de l'année 2012.

L'équipement prévu au stade de la pré-programmation dispose d'un bassin de 250 m<sup>2</sup> en intérieur ainsi qu'une lagune de jeux d'eau / bassin d'apprentissage de 170 m<sup>2</sup>, et de 230 m<sup>2</sup> de bassins extérieurs. De plus, le projet prévoit un espace réservé à l'aquagym avec un bassin de 70 m<sup>2</sup>, une

zone de remise en forme humide (saunas, hammam, bassin chauffé extérieur de 30 m<sup>2</sup>), un espace de soins (comptant 3 cabines de soins ainsi que des bains scandinaves) et une zone de remise en forme sèche (cardio-training et salle de cours collectifs), ainsi qu'une salle d'escrime de 375 m<sup>2</sup>.

Le coût travaux total du projet, en valeur novembre 2012, est estimé à environ 10,9 M€.

Le schéma fonctionnel des espaces est le suivant :



Le tableau de surfaces du projet est présenté ci-dessous :

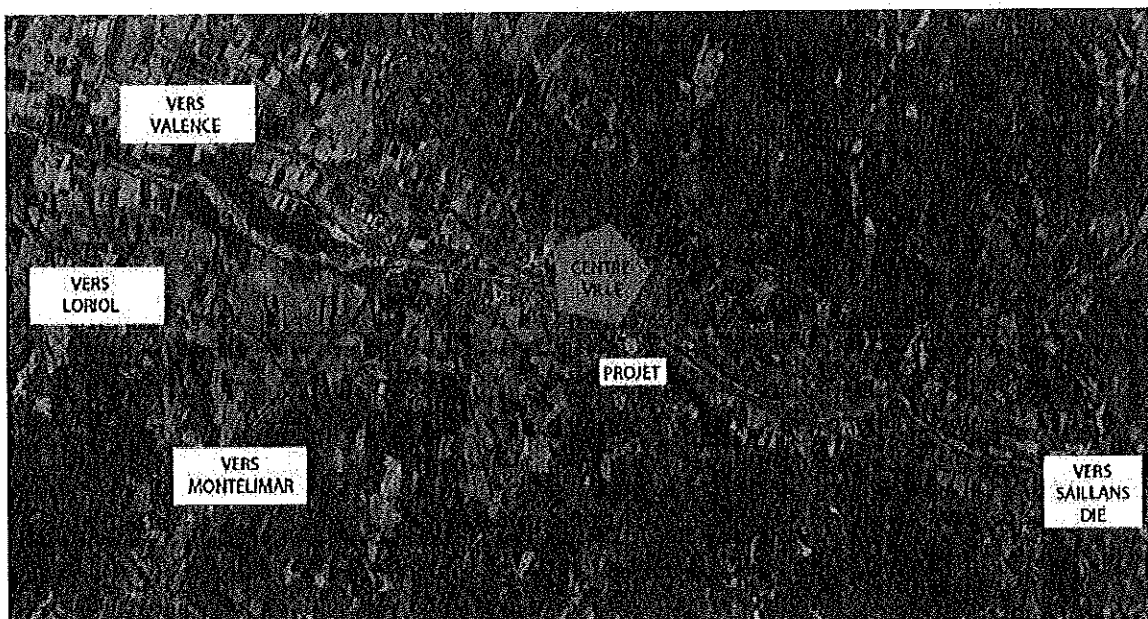
PROJET CREST	Surfaces m²	PROJET CREST	Surfaces m²
<b>Accueil</b>	<b>108,4</b>	<b>Espace Aquagym</b>	<b>108</b>
Hall Accueil	50	Bassin AquaGym	70
Accueil Fitness & Spa	10	Accès Circulation dégagement	30
SAS	6	Espace rangement	8
Local Stockage	8	<b>Espace Balnéothérapie</b>	<b>407</b>
Caisses	12	Espace de repos	18
Sanitaires	11,4	Hamman	15
Boutique	3	Plage intérieure	60
Dégagement	8	Dégagement	15
<b>Vestiaires Zones Humides</b>	<b>276</b>	Mise à l'eau	4
Accès Scolaires	4	Plage Extérieure	200
Espace chaussures scolaires	12	Bloc 3 saunas extérieur	30
Vestiaires scolaires garçon	20	Bassin extérieur	30
Vestiaires scolaires filles	20	Stockage Ménage	15
Bloc sanitaires et douches	50	<b>Espace de Soins</b>	<b>80</b>
Casiers	30	Circulation attente dégagement	18
Cabines traversantes	40	Cabine 1	12
Circulation - dégagement	100	Cabine 2	12
<b>Vestiaires Fitness &amp; Spa</b>	<b>65</b>	Cabine 3	12
Vestiaires Hommes	30	Terrasse	10
Vestiaires Femmes	35	Bain Scandinave 1	10
<b>Vestiaires Salle d'armes</b>	<b>60</b>	Bain Scandinave 2	10
Vestiaires Hommes	30	<b>Espace Fitness et cardio</b>	<b>575</b>
Vestiaires Femmes	30	Salle Cours Collectif	70
<b>Espace Aqualique</b>	<b>2345</b>	Salle Cardio Fitness	150
Bassin Nage	250	Salle d'armes	340
Lagune Famille	170	Circulation - Dégagement	15
Jeux eau enfant	0	<b>Espace Administratif</b>	<b>62</b>
<b>Pataugeoire</b>	<b>0</b>	Salle de réunion	16
Plages	530	Bureau 1	9,5
Mns Infirmerie	15	Bureau 2	9,5
Local Stockage Ménage	40	Dégagement	13
Local Stockage	10	Salle Serveur	8
Plages Extérieures	1000	Stockage Archive	6
Bassin Extérieur	200	<b>Locaux Techniques</b>	<b>883</b>
Aquaplash extérieur	100	Local Electrique	10
<b>Espace du Personnel</b>	<b>77,4</b>	Dégagement	50
Salle de repos	18	Bureau technique/atelier	18
Vestiaire Femmes	14	Stock acide	19
Vestiaires Hommes	14	Stock floc.	8
Sanitaire Femme	5,7	Stock Chlore	20
Sanitaire Homme	5,7	TGBT	8
Dégagement	20	Transformateur	10
		Local Traitement Filtration	200
		Local CTA	400
		Local Chaufferie	120

	Espace Livraison	20
Surface équipement Int/Ext		5046,8
Surfaces Intérieures		3416,8
Surfaces Extérieures		1630
M² de bassin intérieur		523
M² de bassin extérieur		330

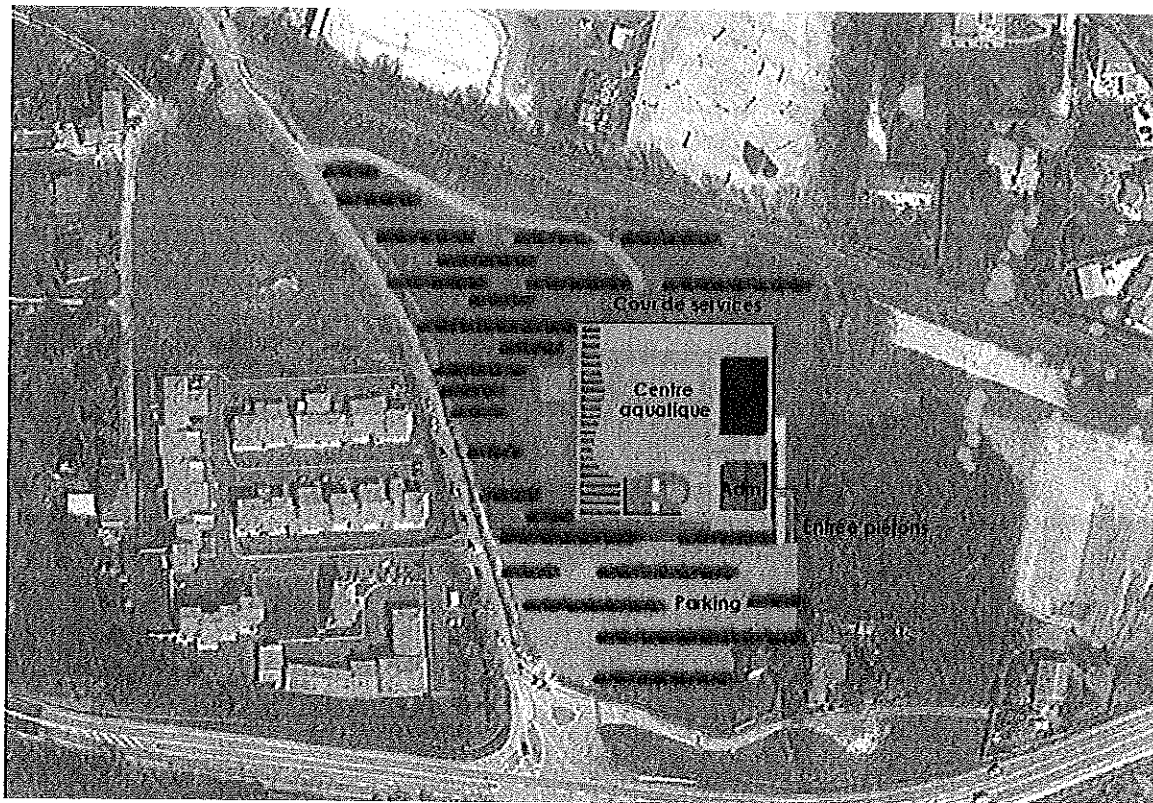
La collectivité souhaite que la Qualité Environnementale du bâtiment réponde aux orientations de la démarche HQE et que le projet soit exemplaire en matière de solutions environnementales intégrées.

## 2.3. IMPLANTATION DU PROJET

Le site d'implantation a été défini sur le territoire de la commune de Crest, à quelques kilomètres du centre-ville :



À titre d'indication est présenté ci-dessous un schéma de principe du futur équipement, précisant son implantation sur le site :



## 2.4. RISQUES ET CONTRAINTES IDENTIFIES

Les risques et contraintes suivants ont été identifiés par le cabinet de pré-programmation ayant défini le scénario décrit ci-dessus :

- Site d'implantation situé largement au-dessus de la rive sud de la Drôme, protégé des crues mais en amont de l'origine des inondations sur les équipements de sport-loisirs situés en contre bas. Ce risque est pleinement connu de la commune de Crest, qui a engagé des mesures (études hydrauliques notamment) pour bien appréhender ce risque en amont de la mise en œuvre du projet. A l'heure actuelle, cette question est étudiée par les trois acteurs concernés par le caractère inondable de la zone, le Conseil Général, la commune de Crest et RFF.
- Une chapelle est située à l'angle sud-est de la parcelle : les éventuelles nuisances du futur équipement sur le fonctionnement de la chapelle devront être analysées.

### 3. SOLUTIONS JURIDIQUES DE REALISATION ET DE GESTION DU FUTUR CENTRE AQUATIQUE

L'opération envisagée aujourd'hui par la commune de Crest peut être réalisée selon plusieurs modèles :

- Certains montages vont laisser la maîtrise d'ouvrage du projet à la commune tandis que d'autres vont la transférer à un tiers ;
- Certains montages vont lier la réalisation et l'exploitation du centre aquatique alors que d'autres montages ne vont porter que sur les aspects relatifs aux bâtiments.

Toutefois, il est d'ores et déjà possible d'exclure certains montages et d'en retenir d'autres afin d'analyser plus avant l'opération.

#### 3.1. LES SCENARIOS EXCLUS

##### 3.1.1. La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

Est exclue de cette analyse la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), en raison de son inadéquation au projet envisagé. En effet, il ne peut y avoir de vente en l'état futur d'achèvement dès lors que l'ouvrage répond aux seuls besoins de la personne publique. Le Conseil d'État a jugé dans son arrêt de section du 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées (n° 57879) que ce dernier élément excluait le recours à la VEFA.

Confirmant cette analyse, le Conseil d'État considère qu'une collectivité ne peut recourir à la VEFA « lorsque, tout à la fois l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la personne publique en cause, l'immeuble est destiné à devenir sa propriété et qu'il a enfin été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique » (CE Avis 31 janvier 1995, EDCE n° 47, p. 407 ; plus récemment CE 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grandes Causses, n° 280370).

**Il en résulte que la VEFA n'est pas adaptée pour le montage envisagé.**

##### 3.1.2. L'Autorisation d'occupation temporaire du domaine couplée à une location avec option d'achat (AOT-LOA)

L'AOT-LOA est un dispositif contractuel schématiquement composé de deux actes :

- une AOT ;
- un contrat de bail avec option d'achat.



L'AOT est régie par les dispositions de l'article L2122 -6 du Code général de la propriété des personnes publiques. Elle permet de conférer à un opérateur économique un droit d'occupation sur une dépendance du domaine public dans le cadre d'une autorisation d'occupation constitutive de droits réels, à charge pour ce dernier d'y édifier une construction.

Il est précisé que le droit réel accordé confère à son titulaire, pour la durée de l'utilisation et dans les conditions et les limites précisées dans le Code, les prérogatives et obligations du propriétaire.

L'ouvrage construit est ensuite loué par l'occupant à la personne publique dans le cadre d'une convention de bail. Une option d'achat permet à la personne publique d'acquérir les installations édifiées par l'occupant avant le terme de cette convention de bail.

Si ce mode opératoire n'est pas régi par le Code des marchés publics (CMP) dans la mesure où la maîtrise d'ouvrage n'est pas assurée par la personne publique, il constitue bien un marché de travaux au sens du droit communautaire dans la mesure où il a pour objet la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins de la personne publique, ce qui a une incidence sur la procédure de passation de ce type de contrat.

#### ■ Présentation

L'AOT-LOA est un montage juridique du type "montages aller-retour", inspiré des schémas d'externalisation de l'immobilier construit et pratiqué dans le secteur privé. La condition minimale est que la construction soit située sur le domaine public de la personne publique.

La propriété du bien est transférée à un partenaire, qui en rend l'usage au propriétaire initial par un contrat de bail (sale and lease-back ou cession-bail).

Cette technique présente, pour le propriétaire initial, l'intérêt de disposer de liquidités immédiates. Elle permet aux collectivités publiques de privatiser le financement et l'exploitation de l'ouvrage à construire ou à rénover sans avoir à contracter directement la dette nécessaire tout en transférant la maîtrise d'ouvrage à une personne privée.

En pratique, ce type de "montage" est composé de deux contrats. Le premier contrat est une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT), qui trouve notamment sa base légale aux articles L1311-5 à L1311-8 CGCT, en vertu desquels le titulaire d'une AOT du domaine public des collectivités locales a, sauf prescription contraire, un droit réel sur les constructions qu'il réalise.

Le second contrat est un contrat location qui prévoit une option d'achat (LOA). Il s'agit d'un bail administratif habituel auquel est intégrée une option d'achat au profit de la personne publique.

L'ouvrage construit est ensuite loué par l'occupant à la personne publique dans le cadre d'une convention de bail. Une option d'achat permet à la personne publique d'acquérir les installations édifiées par l'occupant avant le terme de cette convention de bail.

La validité de ce mode opératoire, dénommé « AOT/LOA », a été expressément admis par le Conseil d'État dans son avis du 31 janvier 1995 (CE, avis du 31 janvier 1995, n°356960).

Un tel mode opératoire n'est pas régi par le Code des marchés publics dans la mesure où la maîtrise d'ouvrage n'est pas assurée par la personne publique. Il convient de rappeler que l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par la personne publique conditionne en effet l'existence d'un marché public de travaux régi par le Code des marchés publics (article 1<sup>er</sup> CMP).

En revanche, un tel contrat constitue bien une concession de travaux au sens du droit communautaire dans la mesure où il a pour objet la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins de la commune de Crest.



Par voie de conséquence, sa passation serait régie par les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

#### ■ Pertinence

Les coûts d'investissement réalisés par le biais d'une AOT – LOA ne sont pas éligibles au FCTVA, l'article L1615-13 CGCT n'ayant réservé cette possibilité que pour les BEA sous le seuil de 10 millions d'euros. Cette disposition rend ce montage très pénalisant sur le plan financier, ce qui justifie qu'il soit écarté de notre étude.

### 3.1.3. Le marché de conception-réalisation

Le dispositif du marché de conception-réalisation est prévu à l'article 37 CMP. Il permet au pouvoir adjudicateur de **confier à un même titulaire une mission portant à la fois sur la réalisation des études et sur l'exécution des travaux**.

À ce titre, il est dérogatoire au principe de séparation des fonctions d'entrepreneur et de maître d'œuvre posé par la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP).

Toutefois, le recours au marché de conception-réalisation n'est pas libre puisque le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de démontrer **l'existence de motifs d'ordre technique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage**.

#### 3.1.3.1. Présentation

Il convient de vérifier si la réalisation d'un centre aquatique peut entrer dans la catégorie des contrats de conception-réalisation.

L'article 37 CMP dispose qu' : « un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui *permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux* ».

Ces marchés dits de conception-réalisation modifient les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre en confiant à un même titulaire la réalisation des études et l'exécution des travaux. Dès lors, **ces marchés ne peuvent être conclus que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage**.

Le marché de conception-réalisation est dérogatoire au principe de séparation des fonctions d'entrepreneur et de maître d'œuvre posé la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP - article 6). Le recours à ce type de marché est donc **fortement encadré par les textes**, sous le contrôle du juge administratif.

L'un des avantages de la formule de la conception-réalisation est d'organiser une **approche globale** du processus de réalisation d'une opération : non seulement il y a un contrat unique conclu entre le maître de l'ouvrage et l'équipe concepteurs-construteurs, mais en outre, ce contrat est affecté d'une obligation générale de résultats. Cela permet notamment de conclure un seul marché dans un délai relativement bref, alors qu'une procédure classique impose la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, puis un marché de travaux.

De ce fait, le maître de l'ouvrage se retrouve seul en face d'une équipe de concepteurs constructeurs, et doit en conséquence se doter en interne de services techniques suffisamment qualifiés.

### 3.1.3.2. Conditions de recours

En tant qu'exception au principe de la loi MOP, le marché de conception-réalisation ne peut être librement utilisé.

L'alinéa 2 de l'article 37 CMP précise les hypothèses dans lesquelles le recours à cette procédure est possible :

« Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

*Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques ».* Le Conseil d'État veille au strict respect des conditions de recours à la conception-réalisation.

Le cas de recours au marché de conception-réalisation pour des raisons d'amélioration de l'efficacité énergétique (introduit depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010) ne concerne que les opérations de travaux sur des bâtiments existants.

En particulier, s'il n'existe pas de motifs liés à l'amélioration de la performance énergétique (pour un bâtiment existant), il faut qu'existent **des motifs d'ordre technique** rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs peuvent tenir soit à la destination de l'ouvrage, soit aux techniques de réalisation de l'ouvrage. Ainsi, deux types d'ouvrages sont concernés :

- ceux dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation ;
- ceux dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises.

### 3.1.3.3. Pertinence

En l'espèce, **il ne semble pas que la construction du futur centre aquatique de la commune de Crest puisse répondre à la définition du marché de conception réalisation**. En effet, la collectivité ne devrait pas être en mesure de se prévaloir du critère selon lequel le recours au marché de conception-réalisation serait justifié par les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage.

Il en va de même pour les difficultés d'ordre technique. Le juge administratif étant assez exigeant dans l'interprétation des motifs d'ordre technique, il reviendrait à la commune de démontrer une

très forte spécificité de son projet de construction d'un centre aquatique, qui, à l'heure actuelle et sur la base des études déjà réalisées, ne semble pas aller de soi. Le critère du cas de recours au marché de conception-réalisation pour des raisons d'amélioration de l'efficacité énergétique est écarté dans le cas en l'espèce car il ne concerne que les opérations de travaux sur des bâtiments existants ce qui n'est pas le cas dans le projet de la commune.

#### 3.1.4. La Délégation de service public (DSP) de type « concession »

En vertu de l'article L1411-1 CGCT, la délégation de service public permet à une personne publique de confier la gestion d'un service public à un opérateur privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service. La DSP implique donc le transfert de gestion d'une activité de service public, et en conséquence le transfert du risque d'exploitation du service au délégataire. La DSP recouvre plusieurs catégories de contrats, et notamment la concession et l'affermage.

**Dans un contrat de concession, le cocontractant est chargé de réaliser des travaux de premier établissement et d'exploiter, à ses frais, le service** pendant une durée déterminée, en prélevant directement auprès de ses usagers une redevance qui lui reste acquise.

L'affermage est une formule similaire, à la différence notable que les équipements nécessaires à l'exploitation du service sont remis au fermier (l'opérateur privé) par la collectivité qui en a au préalable assuré le financement.

##### 3.1.4.1. Présentation

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

Il ressort de cette définition qu'une délégation de service public (DSP) se caractérise par :

- **Le transfert de la gestion d'un service public** : l'activité doit donc être qualifiée de service public déléguable.
- Le transfert du service public conduit d'une part, par exception au principe de la maîtrise d'ouvrage publique posée par la loi du 12 juillet 1985, la personne publique à transmettre la maîtrise d'ouvrage au délégataire et d'autre part, à **se défaire significativement des charges résultant de la conduite du service public** proprement dit.
- Une rémunération du délégataire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, impliquant un **transfert de risque** lié à l'exploitation au délégataire.

Ce transfert doit être équilibré. La rémunération, qui est fonction des résultats de l'exploitation du service, implique **une gestion aux risques et périls du délégataire**. Ce dernier doit assumer non seulement les risques liés à la construction mais supporter également les risques inhérents à la gestion du service public.

Cette présentation des traits généraux des délégations de service public ne doit pas faire oublier qu'elles regroupent différentes catégories de contrats, et en particulier : la concession, l'affermage et la régie intéressée. **Seules les concessions de service public et de travaux publics lient la construction de l'ouvrage à son exploitation.**

La concession est un mode de gestion déléguée d'un service public par lequel une collectivité charge son cocontractant de réaliser des travaux de premier établissement et d'exploiter, à ses frais, le service, pendant une durée déterminée, en prélevant directement auprès de ses usagers une redevance qui lui reste acquise. **La rémunération du concessionnaire est donc assurée par les usagers et la gestion de l'activité est effectuée à ses risques et périls.**

Dans le cadre d'une concession de service public, le délégataire prend en charge non seulement les frais d'exploitation et d'entretien courant du service, mais également son investissement, dit « dépenses de premier établissement ».

Ainsi, la convention de concession doit tenir compte, pour la détermination de sa durée, de la nature des prestations demandées au concessionnaire et ne doit pas dépasser la durée d'amortissement des installations mises en œuvre.

#### 3.1.4.2. Avantages / Inconvénients

En l'espèce, le recours à la concession de service public est pertinent. Certaines piscines construites au niveau national l'ont été par le biais de la concession (Tourcoing, Aquaval à Nogent-le-Rotrou, ...).

L'avantage du modèle concessif repose sur **le transfert de risque opéré** dans le cadre de ce contrat. Le service est alors géré par le délégataire – en l'espèce un concessionnaire. Le concessionnaire exploite à ses risques et périls, les bénéfices comme les pertes sont pour lui, il est maître d'ouvrage des travaux à réaliser, il est employeur des salariés et il est responsable des dommages.

La personne publique conserve toutefois le **contrôle** de la gestion. Le contrat définit des obligations qui garantissent que l'activité continuera à répondre aux exigences du service public (continuité, égalité), la collectivité doit veiller au respect de ces obligations et en sanctionner la violation, elle est responsable envers les tiers à titre subsidiaire en cas d'insolvabilité du concessionnaire.

Enfin, l'entreprise de service public n'est pas rémunérée par la collectivité publique, elle l'est par les usagers. Cette rémunération obéit à des règles impératives : **elle doit respecter le principe de proportionnalité et le principe d'égalité** (égalité différentielle). Le montant de la rémunération est fonction de la durée du contrat et de l'importance des investissements.

### 3.1.4.3. Incidence du recours à la concession de service public

	Avantages	Inconvénients
<b>Maîtrise du service et transfert des risques</b>	Transfert de la majorité des risques vers le Concessionnaire  Un contrat global, un interlocuteur unique : pas de renvoi de responsabilité entre l'exploitant et le constructeur	Maîtrise de la collectivité plus faible qu'en MOP
<b>Planning et procédure et risques juridiques</b>	Gain de temps : passation d'un contrat unique suivant une procédure bien encadrée  Possibilité de transférer le contrat de maîtrise d'œuvre	Seuils communautaires (publicité en matière de concession de travaux)  Critère du risque : la part des recettes tirées du service va-t-elle être suffisante étant donnée la taille de l'équipement et la part des subventions (investissement+fonctionnement)?
<b>Coût</b>	Transfert du coût et risque financier vers le concessionnaire  Pas de problématiques spécifiques en matière de récupération de TVA sur investissement	Les entreprises se financent à un taux plus élevé que les collectivités locales  Problématique de la TVA sur la subvention de fonctionnement  Attention à la politique de subvention des organismes financeurs (certains refusent d'aider les opérations en concession)  Impact du transfert de la maîtrise d'œuvre sur le chiffrage du contrat
<b>Concurrence</b>	Concurrence croissante dans ce secteur : les entreprises sont de plus en nombreuses à se positionner sur le marché de la concession de centres aquatiques : les exploitant, un temps frileux pour s'associer avec un constructeur, se lancent dans cette démarche	Nécessaire contrôle de l'égal accès des candidats constructeurs aux documents du concepteur/maître d'œuvre

### 3.1.4.4. Pertinence

Théoriquement, le recours à la concession de service public peut être retenu, dans la mesure où le contrat envisagé, qui aura bien pour objet l'exécution d'une mission de service public, répond à la définition de la délégation de service public résultant de l'article L1411 -1 CGCT. La concession de service public paraît donc juridiquement compatible avec l'opération envisagée.

La concession liant à la fois la construction et l'exploitation de l'ouvrage **permettrait de ne pas avoir d'interface entre un gestionnaire de l'ouvrage-bâtiment et un gestionnaire des services apportés** dans ce bâtiment.



Cependant, il n'est pas certain qu'elle soit adaptée d'un point de vue financier puisque le délégataire tirera principalement sa rémunération de l'exploitation du futur centre aquatique. Un centre aquatique, notamment lorsqu'il répond à une demande des populations scolaires et des associations, enregistre le plus souvent un déficit d'exploitation. L'exploitation de l'équipement pourrait ainsi ne pas suffire au concessionnaire pour rentabiliser son investissement de départ, lequel peut être élevé compte-tenu de la nature et de l'ampleur de l'ouvrage à construire.

Concernant l'exploitation de l'équipement dans ce type de montage, elle est bien de fait déléguée au concessionnaire, ce qui obère pour la collectivité toutes possibilités de gestion par ses services ou par une régie émanant de ces services. Ainsi, le choix d'un mode de réalisation -gestion sous forme de concession dépasse la seule logique de réalisation de l'ouvrage. Pour cette raison également nous n'intégrerons pas la concession dans l'analyse comparative.

**Enfin, la rémunération de l'entreprise de service public risque de ne pas être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, ce qui pourrait entraîner une requalification du contrat en marché public, entraînant de nombreux problèmes juridiques liés aux procédures de passations divergentes.**

*bof*  
*↳ jurisprudence ?*

### 3.1.5. Le Bail emphytéotique administratif (BEA)

Le bail emphytéotique administratif est prévu à l'article L1311 -2 CGCT. Il permet à une collectivité territoriale propriétaire d'un bien immobilier de le louer à un tiers en vue de l'accomplissement, pour son compte, d'une mission de service public ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité.

L'emphytéote (le preneur) pourra sur ce domaine, financer, concevoir, construire et maintenir les ouvrages nécessaires à l'exécution de la mission de service public ou de l'opération d'intérêt général dont il est investi par la collectivité territoriale.

**Il en sera propriétaire pendant toute la durée du contrat (18 à 99 ans). La propriété des biens revient à la collectivité à l'issue du contrat.**

En ce qui concerne l'exploitation des ouvrages, deux solutions se présentent :

- soit l'emphytéote exploite lui-même le bien en vertu d'une convention d'exploitation non détachable du bail qui confie au preneur la réalisation d'une opération d'intérêt général ou la gestion d'un service public (dans le cadre d'un marché public ou d'une délégation de service public) ;
- soit l'emphytéote met l'ouvrage ainsi édifié à la disposition de la collectivité qui en assurera elle-même l'exploitation. Ceci suppose que celle-ci lui reverse un loyer.

#### 3.1.5.1. Présentation

L'article L1311-2 CGCT définit le bail emphytéotique administratif de la manière suivante :

« Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ou, jusqu'au 31 décembre 2013, liée

aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au 31 décembre 2013, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie. »

Le Bail emphytéotique administratif est un mode opératoire qui s'inspire du droit privé ( Code rural, articles L451 et suivants). Sa création répond à l'objectif de renforcer la situation de l'occupant du domaine public en le dotant de droits réels, cessibles et hypothécables.

À la différence du Bail emphytéotique et même du Bail à construction issu du droit privé, le Bail emphytéotique administratif n'est pas un bail purement immobilier. Il poursuit un objectif plus général dont l'aspect immobilier n'est que le support. En effet, le Bail emphytéotique administratif doit tendre à l'accomplissement d'une mission de service public ou à la réalisation d'une opération d'intérêt général.

**Un Bail emphytéotique administratif suppose qu'en contrepartie du paiement d'une redevance d'occupation du domaine par le preneur, la personne publique mette à la disposition de ce dernier un bien relevant du domaine public.**

L'emphytéote (le preneur) pourra sur ce domaine **financer, concevoir, construire et maintenir les ouvrages nécessaires à l'exécution de la mission de service public** ou de l'opération d'intérêt général dont il est investi par la personne publique. Il en sera propriétaire pendant toute la durée du contrat (18 à 99 ans). La propriété des biens revient à la collectivité à l'issue du contrat.

En ce qui concerne l'exploitation des ouvrages, deux solutions se présentent :

- soit l'emphytéote exploite lui-même le bien en vertu d'une convention d'exploitation non détachable du bail qui confie au preneur la réalisation d'une opération d'intérêt général ou la gestion d'un service public (dans le cadre d'un marché public ou d'une délégation de service public),
- soit l'emphytéote met l'ouvrage ainsi édifié à la disposition de la personne publique qui en assurera elle-même l'exploitation. Ceci suppose que la collectivité lui reverse un loyer.

Il est à noter qu'en application des dispositions de l'article L1615 -13 CGCT, la collectivité territoriale ou l'établissement public, qui a passé un Bail emphytéotique administratif prévu à l'article L1311-2 CGCT d'un montant inférieur à 10 millions d'euros HT et ayant donné lieu à une évaluation préalable dans les conditions prévues par l'article L1414-2 CGCT, **bénéficie d'attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sur la part de la rémunération versée à son cocontractant** correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses prévues à l'article L1311-3 CGCT.



### 3.1.5.2. Incidences du recours au BEA

	Avantages	Inconvénients
<b>Maîtrise du service et transfert des risques</b>	BEA IG  Maîtrise forte de la Collectivité sur l'ensemble des éléments liés à la réalisation et à la construction  Possibilité de conserver la maîtrise sur le service en direct ou par l'externalisation	BEA IG
	BEA MSP  Transfert de la majorité des risques vers le Concessionnaire  Un contrat global, un interlocuteur unique : pas de renvoi de responsabilité entre l'exploitant et le constructeur	BEA MSP
<b>Planning et procédure et risques juridiques</b>	BEA IG	BEA IG  Risque important de requalification en marché de travaux ou en contrat de partenariat (équipement conçu en fonction des besoins propres de la Collectivité : loi MOP);  Procédures de passation du BEA incertaines (en dehors de la publicité européenne)  Difficulté dans le maintien du contrat de maîtrise d'œuvre
	BEA MSP  Gain de temps: passation d'un contrat global	BEA MSP  Utilisation de la procédure de concession/délégation de service public, mais incertitudes juridiques  Difficulté dans le maintien du contrat de maîtrise d'œuvre
<b>Coût</b>	Prise en charge du financement par l'emphytéote; lissage du loyer sur une longue durée	Régime fiscal des deux types de BEA à définir mais a priori peu favorable
<b>Concurrence</b>		Incertitudes juridiques liées au type de contrat et à la répartition des responsabilités entre les intervenants (maîtrise d'œuvre/constructeur/exploitant)

### 3.1.5.3. Pertinence

Il ressort de la définition du Bail emphytéotique administratif du Code général des collectivités territoriales que celui-ci peut être mis en œuvre en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public. En l'espèce, la commune de Crest entend confier à un tiers la construction et éventuellement l'exploitation d'un centre aquatique dont les missions seraient des missions de service public.

**Le BEA pourra être utilisé pour la construction du centre aquatique**, et il pourra lui être adossé une convention non détachable du type affermage pour l'exploitation de cet ouvrage. Cette deuxième convention devant être conclue après mise en concurrence, il conviendra de respecter les règles applicables en matière de passation des délégations de service public. Par conséquent,

la mise en place d'un BEA est une procédure lourde d'un point de vue administratif, dans la mesure où la commune de Crest devra mener en parallèle deux procédures.

De plus, le budget total du projet, qui dépasse le seuil de 10 millions d'euros, fait du recours au BEA un montage fiscalement moins intéressant que le recours au contrat de partenariat.

## **3.2. LES SCENARIOS ENVISAGEABLES PAR LA COLLECTIVITE**

Les montages présentés ci-dessous peuvent être envisagés par la collectivité pour la réalisation du futur équipement aquatique situé sur la commune de Crest :

### **3.2.1. Les marchés séparés : les marchés publics classiques (maîtrise d'œuvre en loi MOP et marchés de travaux et autres marchés liés (SPS, OPC, CT...))**

En matière de réalisation des ouvrages publics, **le principe posé par les textes et la jurisprudence est celui de la maîtrise d'ouvrage publique**, c'est-à-dire la prise en charge par l'administration de la direction des travaux dont l'objet est la construction d'un ouvrage pour le compte de la personne publique, lorsqu'il est prévu qu'elle en devienne propriétaire dès l'achèvement, que l'ouvrage lui soit entièrement destiné et qu'il soit conçu en fonction de ses besoins propres.

La maîtrise d'ouvrage publique est définie par la loi n° 85 -704 du 12 juillet 1985 modifiée, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses relations avec la maîtrise d'ouvrage privée (dite loi MOP). Ce texte définit le rôle de "donneur d'ordre" joué par le maître de l'ouvrage, c'est -à-dire la personne publique (généralement) pour laquelle l'ouvrage est construit :

*« Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre. Il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux » .*

La maîtrise d'ouvrage publique présente des avantages indéniables en matière de contrôle des travaux. En tant que maître d'ouvrage, la personne publique porteuse du projet disposera à tout moment **d'un pouvoir de direction et de contrôle étendu sur son projet.**

#### **3.2.1.1. Présentation**

En vue de la réalisation du projet de construction du futur centre aquatique, la commune de Crest peut envisager de conclure des marchés publics distincts avec d'une part des marchés de maîtrise d'œuvre (MOE) et des marchés de travaux.

Les marchés publics représentent une catégorie de contrats très variée, tant par leur objet (maîtrise d'œuvre, travaux, fournitures, prestations de services, exploitation, maintenance, combinaison) que par leurs procédures de passation (appel d'offres, procédure négociée, concours, dialogue compétitif...).

Plus précisément, « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2<sup>1</sup>, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». <sup>2</sup>

Ainsi, un marché public se caractérise notamment :

- par la qualité de **maître d'ouvrage** de la personne publique dans le cadre des dispositions découlant de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée,
- Par le versement d'un prix par la personne publique au titulaire du marché en contrepartie de la réalisation de prestations de travaux<sup>3</sup>, de fournitures ou de services.

Toutefois, les opérations de travaux analogues à celle qu'envisage la commune de Crest **ne peuvent faire l'objet d'un marché unique** (sous réserve de l'exception du marché de conception-réalisation-maintenance qui ne peut être envisagé valablement dans les circonstances de l'espèce que pour une partie du projet, cf. infra). Ceci résulte :

- D'une part, des dispositions de l'article 10 CMP posant le principe de l'allotissement des prestations faisant l'objet de marchés publics,
- Et d'autre part, des dispositions de l'article 6 de la loi MOP posant le principe selon lequel : « pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle de l'entrepreneur ».

À ce titre, il convient de rappeler que le Code des marchés publics pose le **principe de l'allotissement des prestations** (article 10), et qu'il ne peut être dérogé à ce principe que pour des raisons techniques, financières ou organisationnelles.

De ce fait, la commune de Crest serait contrainte, dans le cadre de l'opération projetée, d'envisager un montage associant successivement la passation de plusieurs marchés et, plus précisément :

- d'un ou plusieurs marchés de maîtrise d'œuvre couvrant la conception de l'opération envisagée ;
- de marchés de travaux couvrant les opérations de construction du centre aquatique ;
- de marchés d'entretien / maintenance dudit bâtiment.

Ce montage impliquerait en conséquence pour la commune la passation de plusieurs marchés publics successifs, et donc la dissociation des différentes tâches relatives au projet de construction du futur centre aquatique.

#### (i) Le ou les marchés de maîtrise d'œuvre

Il existe plusieurs procédures afin de sélectionner un maître d'œuvre.

---

<sup>1</sup> État, établissements publics administratifs nationaux, collectivités locales et leurs établissements publics ainsi que les mandataires de toutes ces personnes morales de droit public.

<sup>2</sup> Article 1.1 CMP (dans sa version adoptée par le décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006)

À partir d'un coût travaux de 4 985 000 €, la procédure classique (pour une réalisation) est celle du concours. Il est à souligner que les phases d'études de conception sont longues : en effet, on observe généralement 6 mois de décalage entre les délais de la loi MOP et les délais en contrat de partenariat.

Il est également possible de recourir à l'appel d'offres pour les projets dont le coût travaux est inférieur à 4 985 000 €.

Enfin, en cas d'opérations en plusieurs phases et non pour l'ensemble de l'opération, il peut être envisagé que pour certains « petits » marchés de maîtrise d'œuvre, si le marché est sous le seuil de 200 000 € HT, de passer le marché de maîtrise d'œuvre en procédure adaptée.

## (ii) Les marchés de travaux

Dans un second temps, des marchés de travaux devront être passés afin de réaliser les ouvrages définis conjointement par la maîtrise d'ouvrage et le maître d'œuvre. Ces marchés pourront être passés selon les procédures classiques d'appel d'offres ou selon la procédure du dialogue compétitif. Il est donc nécessaire pour cela d'être en mesure de déterminer de manière précise le contenu des cahiers des charges et notamment du CCTP. Ce sont les maîtres d'œuvre qui le plus souvent élaborent ces CCTP dans le cadre de leur mission.

### 3.2.1.2. Incidence du recours à la maîtrise d'ouvrage publique

	Avantages	Inconvénients
Maîtrise du service et transfert des risques	Maîtrise forte de la Collectivité sur l'ensemble des éléments liés à la réalisation et à la construction  Possibilité de gérer le service le service en, direct pour par l'externalisation	Elle supporte l'intégralité des risques techniques, économiques et financiers liés à, l'ouvrage (ex : défauts de conception, litiges avec les différents intervenants de l'opération, risque d'infructuosité de certains lots).  ainsi que ceux liés à la gestion du service (responsabilités accidents, risque financiers d'exploitation)
Planning et procédure et risques juridiques	Procédure classique de marché de travaux publics et éventuellement de délégation de service public ou de marché de service pour l'exploitation  Pas de difficulté dans le maintien du contrat de maîtrise d'œuvre  Possibilité de confié un mandat de maîtrise d'ouvrage à un partenaire	Lourdeur de l'opération compte tenu de l'équipement à réaliser : la ville gère et coordonne la passation de plusieurs marchés et plusieurs interlocuteurs → risque de retard dans la réalisation de l'opération
Coût	Les conditions d'emprunt sont plus favorables pour les collectivités	Effort de financement important sur une période courte : interdiction de paiement différé
Concurrence	Pas de problèmes de concurrence pour les marchés à passer	

### 3.2.1.3. Pertinence

Il est juridiquement possible de recourir aux marchés pour le projet envisagé. De plus, les marchés permettent à la collectivité de conserver une maîtrise importante dans le choix de la

<sup>3</sup> Dans ce cas, la personne publique a la qualité de maître d'ouvrage dans le cadre des dispositions découlant de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

conception du futur équipement, notamment dans les volets architecturaux tant extérieurs qu'intérieurs.

Cependant, dans le cas d'une réalisation en loi MOP, **l'interdiction du paiement différé impose à la commune de Crest de supporter directement les coûts liés à l'opération**, notamment par le biais de l'emprunt en cas de difficultés à mobiliser les fonds en principe disponibles. De plus, le marché ne se révèle pas être la bonne solution si la commune ne veut pas assumer les risques afférents au projet.

En outre, la question des délais de procédures cumulées entre les procédures de maîtrise d'œuvre et celles de passation des marchés de travaux qui ne pourront intervenir qu'après l'exécution des premiers éléments de mission de maîtrise d'œuvre, entraîne de facto un allongement des délais à prendre en considération.

Enfin, les risques d'interface entre les différents marchés ne doivent pas être négligés, ainsi que les risques de dérives des délais d'exécution. Un risque également à considérer est celui de l'appel d'offre infructueux qui peut arriver dans certaines conjonctures liées à l'activité du secteur du bâtiment. Il est assez courant, en matière de construction de centres aquatiques, de devoir relancer un appel d'offre sur le lot carrelage, par exemple.

### **3.2.2. Le recours à un marché public de conception, réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM)**

La Loi Grenelle II du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement introduit une modification notable de la loi MOP du 12 juillet 1985. Ainsi il est désormais possible de confier par un marché public global à un titulaire une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux lorsque des motifs « *d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique* » rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur à ces études<sup>4</sup>.

Le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 a repris la possibilité offerte par le nouvel article 18-I de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 et a modifié le Code des marchés publics en ce sens. Le Code des marchés publics permet désormais la conclusion de trois marchés « globaux » : le marché de conception-réalisation, le marché associant conception, réalisation, exploitation et/ou maintenance (CREM) et le marché associant réalisation, exploitation et/ou maintenance (REM).

Comme il a été dit précédemment, les conditions juridiques encadrant le recours au marché de l'article 37 (conception-réalisation) ne permettent pas de l'envisager pour le projet de la commune de Crest.

Pour autant, la commune de Crest pourrait envisager de recourir au marché de conception-réalisation-exploitation-maintenance (CREM). Pour autant le II de l'article 73 du Code des Marchés Publics précise que « l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37 [du CMP] » ]

---

<sup>4</sup> Article 18 : « I-Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant

## ■ Présentation

Le contrat de CREM est un contrat global comprenant la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance du bâtiment.

Le contrat de CREM est intéressant en ce qu'il lie la durée du marché à la réalisation des engagements énergétiques, ce qui permet d'envisager un contrat d'une assez longue durée et garantit l'utilisation, par le titulaire, de ses meilleurs efforts en phase de construction (vu qu'il sera en charge de la maintenance par la suite).

S'agissant du calendrier, la solution du CREM est cependant moins favorable que le contrat de partenariat car en marché public, le constructeur est rémunéré au fur et à mesure de l'avancée des travaux, alors que le versement des loyers financiers, en contrat de partenariat, ne commence qu'à la livraison de l'équipement, incitant donc le titulaire à un plus grand respect de ses engagements.

Comme cela ressort de la définition du CREM, il n'est pas nécessaire que l'opération se déroule sur un bâtiment existant dès lors que des motifs d'ordre technique, identiques à ceux du marché de conception-réalisation (voir p.17) le justifie. Pour les bâtiments existants, il suffit simplement que la collectivité impose à son cocontractant le respect d'engagements de performance, notamment de performance énergétique mais aussi en termes de niveau d'activité, de qualité de service ou d'incidence écologique.

## ■ Inconvénients

Pour ce mode de réalisation, les inconvénients suivants peuvent être mentionnés :

- ce montage correspond à une conception-réalisation assortie de l'entretien et de la maintenance : son choix doit ainsi être justifié au regard de la profession d'architecte.
- ce montage ne donne pas la prévalence à l'architecte, mais à l'entreprise travaux. L'un des risques réside dans le fait que soit réalisé un équipement surtout technique en obérant le parti architectural, la fonctionnalité, et le confort des usagers.
- le financement des marchés, y compris le risque de dépassement de budget, est pris en charge directement par la collectivité. L'interdiction des clauses de paiement différé dans le cadre des marchés publics empêche d'étaler le remboursement des dépenses d'investissement sur toute la durée du contrat.
- les exigences performantielles dans un CREM peuvent être très lourdes, et ainsi impacter les coûts parfois de façon significative. De plus, la collectivité doit être en mesure de vérifier que ces exigences sont bien respectées, ce qui engendre des coûts de suivi du projet.
- dans le cas d'un allotissement, la soumission de tels marchés aux procédures de passation prévues par le Code des marchés publics entraîne, au cas particulier, un manque de souplesse lié à la nécessité de conclure plusieurs marchés publics. La pluralité des procédures de publicité et de mise en concurrence y afférentes entraîne un risque important d'infructuosité d'une part, de multiplication des recours d'autre part ;

---

que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code », voir article 73 CMP.

- enfin, il faut trouver un mode de rémunération de l'exploitant qui maintienne l'encouragement à optimiser la productivité de l'équipement. Ainsi, une rémunération fixe serait contre-productive de ce point de vue.

#### ■ Pertinence

Le C REM est plus simple à mettre en œuvre que le contrat de partenariat par exemple, avec toutefois un inconvénient non-négligeable : le financement devra être assuré par la personne publique, notamment par voie d'emprunt. L'opportunité de recourir à la formule du C REM dépend donc en partie de la capacité financière de la commune de Crest.

Par ailleurs, il sera essentiel d'identifier des objectifs de performance chiffrables à assigner au cocontractant de la collectivité afin de répondre aux conditions de recours au C REM posées par l'article 73 CMP, ainsi qu'un mécanisme de bonus/ malus. En effet, le marché de C REM nécessite une approche tournée vers l'atteinte d'objectifs de performance, ce qui constitue une approche différente de la logique marchés publics. La collectivité ayant souhaité construire un équipement respectant les contraintes de la démarche de Haute Qualité Environnementale, les aspects d'efficacité énergétique sont bien présents dans le cadre du projet porté par la commune de Crest. Ainsi, il semble possible d'y attacher des critères de performance, ce qui rendrait possible le recours au C REM pour l'opération envisagée.

Toutefois, comme expliqué ci-dessus, le recours au C REM pour les bâtiments qui ne sont pas existants (i.e. pour les bâtiments nouveaux) n'est juridiquement possible que si des motifs d'ordre technique, identiques à ceux du marché de conception-réalisation (voir p.17), le justifie. Or, comme expliqué p.17 sur les conditions de recours au marché de conception-réalisation, il ne semble pas que ces conditions soient remplies dans le cas en l'espèce. Dès lors le recours au C REM pour la réalisation de ce bâtiment nouveau ne semble pas juridiquement envisageable.

De plus, ce montage contractuel étant particulièrement récent (août 2011), les praticiens ne disposent pas encore de recul (et de jurisprudence) suffisante pour en déterminer tous les enjeux juridiques. Ainsi, un certain nombre de points restent en suspens, tant au stade de la procédure de passation qu'au stade de l'exécution.

#### ■ Précision en cas de recours à la formule des marchés publics ou du C REM : le mandat de maîtrise d'ouvrage

Si la commune de Crest décide d'opter pour l'une ou l'autre de ces formules, elle sera soumise à la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée dite loi MOP et devra assurer la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Elle peut toutefois confier par mandat une partie de ses missions à un maître d'ouvrage délégué en application de l'article 3 de la loi MOP.

Le mandataire agit au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage, et dans le respect du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle initialement arrêtés par lui.

Conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi MOP, il peut assurer :

- la préparation du choix du maître d'œuvre, la signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et la gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;



- la préparation du choix de l'entrepreneur, la signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et la gestion du contrat de travaux.

Il convient de préciser que c'est bien le mandant qui demeure compétent pour choisir le maître d'œuvre et l'entrepreneur. Quant au mandataire, il est chargé de la gestion des marchés conclus en ce sens.

L'intérêt de recourir au mandat de maîtrise d'ouvrage est de transférer l'essentiel de la gestion du projet tout en conservant une part indéfectible de la maîtrise d'ouvrage. Ainsi, une partie de la responsabilité de la maîtrise d'ouvrage se trouve externalisée au maître d'ouvrage délégué.

En effet, en application de la loi MOP, une personne publique ne peut se départir de son rôle de maître d'ouvrage. Certains montages contractuels prévoient des exceptions à cette règle stricte tels que les contrats de partenariats instaurés par l'ordonnance de 2004 ou encore des montages tels que la concession de service public où la maîtrise d'ouvrage est assurée par le concessionnaire.

En dehors de ces montages, l'article 2 de la loi MOP rappelle de manière claire que « le maître de l'ouvrage est la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».

Certaines missions ne peuvent ainsi pas être déléguées à un tiers. Le maître d'ouvrage doit ainsi :

- s'assurer de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée,
- déterminer la localisation,
- définir le programme,
- arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle,
- assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé.

Il peut seulement déléguer la conclusion des marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux à un tiers, mandataire de maîtrise d'ouvrage, désigné après mise en concurrence excepté si ce tiers est une personne sur laquelle il exerce un contrôle financier et administratif (filiales à 100% par exemple).

En l'espèce, la commune de Crest est soumise à la loi MOP et au respect du Code des marchés publics.

Ainsi, il conviendrait de passer un mandat de maîtrise d'ouvrage dans un premier temps puis en fonction du périmètre du mandat de confier la passation des contrats subséquents (MOE, CSPS, contrôle technique, et travaux...) au maître d'ouvrage délégué. Ce dernier en tant que mandataire doit respecter les règles de passation de son mandant, c'est à dire la loi MOP et le Code des marchés publics.

En définitive, à moins que la commune de Crest souhaite se départir de la gestion de la maîtrise d'ouvrage, le recours au mandat de maîtrise d'ouvrage n'est pas forcément opportun en l'espèce.

### **3.2.3. Le contrat de partenariat**

#### **3.2.3.1. Présentation**

En vertu des dispositions de l'article L1414 -1 CGCT, le contrat de partenariat est un contrat global par lequel la personne publique contracte avec une seule et même personne, qui, en tant que

maître de l'ouvrage, finance et réalise des ouvrages et des équipements après les avoir conçus, et en assure, le cas échéant, l'entretien, la maintenance et/ou l'exploitation.

## ■ Présentation

### 1.1.-Le contrat de partenariat est défini à l'article L1414-1 CGCT :

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret.

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

### 1.2.-Il ressort de ces dispositions que le contrat de partenariat comprend nécessairement trois éléments :

- le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements ;
- leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion.

### 1.3.-Outre ces missions obligatoires, le partenaire peut également se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages faisant l'objet du contrat.

Cette mission de conception est précisée à l'article L 1414-13 CGCT :

« Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables :

- a) Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels et du suivi de leur réalisation ;
- b) Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;
- c) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, elle peut elle-même, par dérogation aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise

d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume ».

Ainsi, est-il possible de confier tout ou partie de la conception au partenaire privé.

Plusieurs cas de figure peuvent se présenter :

- une conception faite en amont par la commune de Crest à laquelle adhère le titulaire du contrat, l'architecte restant conseil de la Collectivité ou continuant sa mission auprès du titulaire (i) ;
- une approche traditionnelle en conception-construction qui sera issue du dialogue compétitif (ii) ;
- une conception entièrement déléguée au titulaire. Ceci est à privilégier pour la réalisation de ce type d'ouvrage (iii).

(i) Dans le cas où la personne publique s'appuie sur une équipe de maîtrise d'œuvre à laquelle elle confie une mission type loi MOP, la personne publique établit ou fait établir les documents de programmation nécessaires à engager l'opération.

Il faut donc lancer dans ce cas une consultation de maîtrise d'œuvre propre et bien envisager les problématiques d'interfaces avec le titulaire du contrat de partenariat qui sera en charge de la construction.

La consultation des candidats au contrat de partenariat s'effectue sur la base du projet établi par la maîtrise d'œuvre, du programme fonctionnel et du cahier des charges concernant les autres prestations dues pendant la durée des contrats.

Le contrat de partenariat portera sur le financement, la réalisation et sur toutes les prestations que la personne publique aura décidé de confier au titulaire du contrat.

Pendant la réalisation de l'ouvrage et durant la phase de parfait achèvement, la maîtrise d'œuvre poursuit sa mission pour le compte de la personne publique.

Après mise en service, la personne publique se fait assister par tout opérateur de son choix, éventuellement le maître d'œuvre.

(ii) Dans le cas où la personne publique s'appuie sur une équipe de maîtrise d'œuvre pour une partie de la mission de conception, et après avoir établi ou fait établir les documents de programmation, elle procède à la désignation d'une équipe de maîtrise d'œuvre selon les règles habituelles de passation des marchés.

L'équipe de maîtrise d'œuvre élabore les éléments de missions qui lui auront été confiés, et uniquement ceux-ci.

La consultation des candidats au contrat de partenariat s'effectue sur la base du projet établi par la maîtrise d'œuvre, du programme fonctionnel et du cahier des charges concernant les autres prestations que la personne publique entend confier au titulaire du contrat. Le contrat comportera des clauses imposant au groupement retenu d'intégrer dans son équipe la maîtrise d'œuvre qui est l'auteur du projet.

Le contrat de partenariat portera sur le financement, la suite des missions de maîtrise d'œuvre, la réalisation et sur toutes les prestations dues pendant la durée du contrat.

La personne publique ne pourra plus se faire directement assister par ce maître d'œuvre pour la suite de son projet car celui-ci sera intégré à l'équipe du partenaire privé.

Ce transfert de l'équipe de maîtrise d'œuvre peut engendrer des difficultés en termes de responsabilité.

(iii) Dans le cas où la personne publique ne « dirige » pas la maîtrise d'œuvre, elle se contente de consulter les candidats au contrat de partenariat sur la base d'un programme fonctionnel et éventuellement d'un cahier des charges. C'est le cas le plus fréquent en matière de contrat de partenariat.

S'il n'y a que le programme fonctionnel, la demande de la collectivité est une réponse des candidats à un besoin exprimé de manière large. Si un cahier des charges est également fourni, la réponse des candidats sera plus encadrée.

Dans les deux cas, la personne publique établit ou fait établir par les candidats les documents de programmation nécessaires au contrat de partenariat pour répondre sur un projet architectural.

C'est aux candidats d'élaborer le projet architectural avec leur équipe de maîtrise d'œuvre, bien définie conformément à l'article L1414 -13 CGCT. Une prime sera alors versée aux candidats non retenus afin de rémunérer ces prestations.

La personne publique engage le dialogue compétitif avec les candidats, dialogue portant également sur le projet architectural.

#### **1.4.-Les procédures de passation des contrats de partenariat :**

Concernant sa **passation**, le contrat de partenariat reste très proche du marché public. Les règles de publicité et de mise en concurrence doivent être conformes aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Plus précisément, un contrat de partenariat peut faire l'objet d'une procédure négociée, d'une procédure d'appel d'offres ou d'une procédure de dialogue compétitif, laquelle ne peut être mise en œuvre que si la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

Un contrat de partenariat ne peut être attribué qu'au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères qui ont été définis et parmi lesquels doivent notamment figurer le coût global de l'offre, la réponse aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat (en particulier en matière de développement durable) et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

#### **1.5.-Les contrats de partenariat se distinguent :**

- **des marchés publics** dans la mesure où ils ont pour objet la réalisation de prestations de travaux et de services qui ne pourraient être assurées que par le biais de la passation de marchés publics distincts.

Ceci résulte de ce que le régime des contrats de partenariat n'impose ni la scission obligatoire des missions de conception et de réalisation conformément à l'article 7 de la loi n°85 -704 du 12 juillet

1985 précitée, ni l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs d'allotir les marchés publics qui sont passés, ni l'interdiction de clauses de paiement différé<sup>5</sup>.

- **de la convention de délégation de service public** puisqu'il n'a pas pour vocation de confier prioritairement l'exécution d'un service public au partenaire. En effet, le partenaire privé ne peut se voir confier que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

**1.6.-Le contrat de partenariat est par conséquent un contrat global original qui tient notamment à :**

- **la diversité des prestations pouvant être confiés au partenaire ;**
- **la rémunération des partenaires privés** , laquelle s'articule autour d'une part fixe et, éventuellement, d'une part variable liée aux objectifs de performance définis dans le contrat. Il s'agit en général plus de performance technique que de performance commerciale.

La rémunération du titulaire du contrat de partenariat n'est donc pas « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » comme en matière de délégation de service public, mais prend, du moins en partie, la forme d'un prix versé par la personne publique. Plus précisément, la rémunération du partenaire dans un contrat de partenariat est à mi-chemin entre le prix « ferme » du marché public et la rémunération variable liée aux résultats de l'exploitation propre à certaines délégations de service public.

La rémunération du contractant par la personne publique peut intégrer des **recettes annexes** (résultant de l'optimisation de la gestion de l'ouvrage en autorisant le partenaire privé à tirer une rémunération d'une exploitation « hors service public ») qui doivent, en tout état de cause, demeurer accessoires afin d'éviter tout risque de requalification du contrat.

- **l'existence de clauses obligatoires dans le contrat.** En effet, l'ordonnance de 2004 prévoit que le contrat de partenariat doit comporter un certain nombre de clauses déterminées, qui imposent à la personne publique de prévoir, notamment, des dispositions relatives, au degré de contrôle qu'elle peut imposer au partenaire privé, aux objectifs de performance, aux modalités de rémunération et à l'affectation des ouvrages.
- **le sort des ouvrages construits dans le cadre du contrat** de partenariat répond aux mêmes règles que celles régissant les contrats de concession en ce qui concerne les biens de retour. Ceci implique que les biens indispensables à l'exécution du service public en cause appartiennent ab initio, c'est-à-dire dès leur construction, à la personne publique.

**1.7.-En définitive, ce mode opératoire présente l'avantage, pour les personnes publiques de :**

- leur permettre de maîtriser le partage des risques ;
- lisser le paiement de l'infrastructure et de l'exploitation sur la durée du contrat ;

---

<sup>5</sup> Article 96 CMP.

- assurer un meilleur contrôle du partenaire en conditionnant en partie sa rémunération à l'atteinte d'objectifs de performance ;
- baisser le montant des Loyers en permettant les recettes annexes ;
- bénéficier d'un maintien de l'infrastructure à un haut niveau de performance en raison de la contractualisation du budget de la maintenance dès l'origine.

Ce contrat permet dans une durée longue d'avoir toutes les prestations listées dans les marchés dans un seul contrat global.

Ainsi, le contrat de partenariat a donc l'avantage d'être global, ce qui permet au pouvoir adjudicateur de contracter avec une seule et même personne, laquelle deviendra maître de l'ouvrage. Cette solution est celle qui permet à la personne publique de bénéficier au mieux de l'intégration de l'ensemble des missions dans un même contrat tout en conservant la responsabilité de la mission de service public liée au contrat de partenariat.

### ■ Pertinence

Le contrat de partenariat constitue un mode opératoire adapté au projet de la commune pour la construction et la gestion de l'entretien -maintenance du centre aquatique dans la mesure où il présente les points positifs suivants pour le projet :

- nécessité de responsabiliser et de lier les deux phases de réalisation et maintenance (moins de risque d'interface) ;
- optimisation du calendrier d'exécution ;
- décalage du calendrier des paiements ;
- valorisation du foncier ;
- externalisation de l'exploitation ;
- autorisation de percevoir des recettes annexes ;
- partage optimal des risques.

### La globalité du contrat de partenariat

La première caractéristique du contrat de partenariat est qu'il est un contrat global permettant l'exécution de prestations diverses.

Ce caractère global peut s'avérer particulièrement intéressant en ce qu'il limite les risques d'interface entre plusieurs contrats, certains projets étant en effet confrontés à un renvoi de responsabilité incessant entre concepteur, constructeur et mainteneur en cas de dysfonctionnement constaté sur l'équipement.

En l'espèce, le caractère global du contrat est intéressant car la construction envisagée par la commune de Crest est complexe techniquement et nécessite de lier les missions pour assurer une parfaite coordination des travaux et responsabiliser les intervenants.

La construction d'un centre aquatique est un exercice qui demande la conjonction de nombre de métiers et de savoir-faire différents plus important que pour un bâtiment classique, par exemple les installations techniques, les contraintes ERP ou l'acoustique. S'ajoutent à cela les exigences en

matière de développement durable, ce qui complexifie de manière importante la définition du besoin et justifie pleinement le recours au contrat de partenariat et le choix du dialogue compétitif pour sa passation.

### **Le décalage des calendriers de paiement**

En outre, la possibilité de différer le paiement des investissements des travaux de construction du centre aquatique apporterait une souplesse non négligeable à la commune de Crest.

En effet, dans le cadre d'un contrat de partenariat, les premiers décaissements de la personne publique interviennent lors de la mise en service de l'ouvrage, c'est-à-dire après que les travaux ont été exécutés.

Par rapport à la solution « marchés publics » dans le cadre de la loi MOP, la différence est de l'ordre de deux ans. Concrètement, dans un calendrier MOP, la commune de Crest devra commencer ses décaissements à partir de début 2014 alors qu'en contrat de partenariat, elle ne commencera pas à verser ses loyers avant début 2015.

Cette différence peut, selon les capacités financières de la commune de Crest ou ses perspectives d'évolution, avoir une certaine importance.

### **La question des recettes annexes**

De plus, le contrat de partenariat permet au partenaire privé de tirer des recettes annexes dans une certaine limite, et notamment en valorisant le foncier.

Ainsi, l'article L1414 -12 CGCT mentionne « les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice ».

Concernant les valorisations foncières l'article L1414-16 CGCT précise :

« Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire du contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites prévues par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public.

**La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée.** L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat.

Le contrat détermine dans quelles conditions les revenus issus de la valorisation du domaine privé par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par la personne publique. »

Au regard de ces dispositions seuls sont autorisés dans le cadre d'un contrat de partenariat des solutions de valorisation qui n'emportent pas transfert de propriété à savoir :

- une cession de droit à construire
- une location de foncier
- une construction puis la location longue durée

Dans toutes ces hypothèses, il conviendra de délimiter au minimum dans le contrat les surfaces concernées (en foncier ou en volume). Leur affectation peut aussi être arrêtée dans le contrat mais elle peut aussi être renvoyée à un accord ultérieur de la part de la personne publique. Ce qui doit figurer en outre dans le contrat n'est pas forcément le montant des revenus ainsi générés mais la clé de répartition de ceux-ci. Il est aussi possible de prévoir un engagement sur un revenu minimum et une répartition du surplus.

La durée du sous-contrat concernant cette valorisation peut être plus longue que celle du PPP dans la mesure où elle est justifiée par la durée de l'amortissement de l'investissement considéré.

Ainsi, sur les différentes solutions évoquées, la construction par le partenaire puis une vente (probablement vente en volume) est totalement à exclure si la vente est opérée par le partenaire privé.

De même si la construction est opérée par le partenaire mais la vente par la personne publique, il existe un risque juridique non-négligeable de détournement de procédure. En effet, en cas de contentieux, le juge pourrait être amené à considérer que la construction de ce bâtiment au profit de la personne publique rendu immédiatement après sa construction à fins de vente relèverait du régime des marchés de travaux et non du PPP. Le fait que les procédures soient identiques ne serait pas forcément un argument suffisant.

### **La question de l'exploitation**

Dans le cas où la commune de Crest décidait de déléguer aussi la gestion de l'équipement à un partenaire privé, elle devrait assortir ce contrat de partenariat d'un marché public de service ou d'une délégation de service public sous forme d'affermage, ou encore d'une convention avec une structure à laquelle elle est liée (SPL).

Pour rappel, l'affermage ne met à la charge de l'opérateur que la mission d'exploitation commerciale des ouvrages qui sont mis à sa disposition par la collectivité. Le délégataire n'est donc pas chargé de la construction de l'ouvrage, mais de son entretien et de l'exploitation du service public abrité par l'ouvrage.

En résumé, le montage ainsi adopté serait décomposé comme suit :

- un contrat de partenariat relatif au financement, à la construction et à l'entretien maintenance au sens strict du centre aquatique ;
- un marché public de services, une convention de délégation de service public sous forme d'affermage dont l'objet serait de confier l'exploitation commerciale du centre



aquatique à un tiers (par exemple une association) ou une convention de gestion avec une SPL.

L'un des avantages de recourir à une structure parapublique comme une SPL est que la convention passée entre la collectivité et la structure est dispensée de mise en concurrence dans la mesure où la structure parapublique respecte les critères du « in-house » ou de la « quasi-régie » posés par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes<sup>6</sup> :

- Un contrôle de la ou des personnes publiques analogue à celui exercé sur leurs propres services ;
- La structure réalise l'essentiel de son activité pour le compte de la ou des personnes publiques qui la contrôlent.

Il serait donc possible de déléguer le service public directement sans passer par la procédure mise en place par la loi Sapin relative aux délégations de service public ou par le Code des marchés publics.

De manière générale, dans ce type de contrat complexe, la difficulté qui va se poser est celle de la **délimitation des missions** entre le partenaire privé gestionnaire de l'ouvrage et chargé de son entretien et de sa maintenance, et l'exploitant du centre aquatique.

Il conviendra, lors de la passation du contrat de partenariat, d'être **particulièrement vigilant** sur ce point en définissant avec précision les missions du partenaire privé et celles de la SPL afin d'éviter les chevauchements source de conflits potentiels et de désorganisation.

### Le partage des risques

Enfin, le contrat de partenariat opère un partage raisonné des risques précisé dans le cadre de la matrice des risques : le risque est en effet affecté à la personne la plus à même de le supporter.

L'inconvénient principal de ce montage est qu'il se révélerait complexe au niveau de la délimitation des responsabilités incombant à chaque cocontractant de la commune de Crest entre le gestionnaire de l'ouvrage et le gestionnaire des activités du centre aquatique, notamment si des objectifs en matière de performance énergétique et de consommations étaient attribués au partenaire privé en charge de la construction et de l'exploitation, entretien, maintenance du bâtiment.

Les contrats devraient être rédigés et négociés en parallèle avec la reprise de clauses non négociables dans le contrat d'affermage afin de limiter tous débats ultérieurs sur les raisons d'un dépassement de consommation ou en termes de responsabilité.

---

<sup>6</sup> CJCE 18 novembre 1999, Teckal, affaire C-107/98.

### 3.2.3.2. Incidence du recours au contrat de partenariat

	Avantages	Inconvénients
<b>Maîtrise du service et transfert des risques</b>	<p>Transfert et répartition des risques à encadrer dans le contrat</p> <p>La Collectivité se libère de la gestion technique de l'équipement</p>	<p>La mission de service public et son organisation ne sont pas confiées au partenaire;</p> <p>la Collectivité doit assurer elle-même ou le confier par l'intermédiaire d'une autre convention (marché ou dsp) (ce qui peut aussi être un avantage: permet la spécialisation des tâches et un meilleur contrôle des deux aspects du service)</p>
<b>Planning et procédure et risques juridiques</b>	<p>Possibilité de transférer le contrat de maîtrise d'œuvre bien encadrée depuis la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.</p>	<p>Procédure longue et évaluation préalable nécessaire ; jurisprudence et législation encore fluctuante</p> <p>Seuils communautaires (publicité en matière de marchés/concessions de travaux)</p>
<b>Coût</b>	<p>Transfert du coût et risque financier vers le partenaire et étalement de la dépense</p>	<p>Les entreprises se financent à un taux plus élevé que les collectivités locales</p> <p>Impact du transfert de la maîtrise d'œuvre sur le chiffrage du contrat</p> <p>Difficulté importante , en matière d'équipement aquatiques, de scinder les activités non soumises à TVA et celles relevant de la TVA</p>
<b>Concurrence</b>	<p>Attrait du PPP pour les grands groupes</p>	<p>Groupements financeur/bétonniers/exploitant dans lesquels le rôle de l'exploitant reste subsidiaire; une attention particulière doit être portée sur ce point</p> <p>Impact du transfert de la maîtrise d'œuvre sur l'intérêt du contrat</p>

### 3.2.3.3. Pertinence

Théoriquement, le recours au contrat de partenariat semble envisageable pour la commune de Crest. En effet, la réalisation d'un centre aquatique comporte bien des phases de conception, de réalisation et d'entretien -maintenance, qui peuvent être déléguées à un opérateur privé dans le cadre d'un contrat de partenariat.

L'objet de l'évaluation préalable ( cf. chapitre 4) sera de vérifier le possible recours à ce montage et notamment de le comparer à une réalisation du futur équipement aquatique en loi MOP.

### 3.3. LES MONTAGES DESTINES A L'EXPLOITATION

A ce stade, le mode de gestion du futur équipement aquatique n'a pas été déterminé par la collectivité. Afin de l'accompagner dans sa réflexion, sont présentés ci-dessous les montages envisageables par la collectivité, qu'elle s'oriente vers une réalisation de l'équipement en maîtrise d'ouvrage publique ou par le biais d'un contrat de partenariat.

#### 3.3.1. L'exploitation par le biais d'une régie directe

Il s'agit pour la Collectivité d'assurer par ses propres moyens l'exploitation de l'équipement.

Cette forme de gestion confère **une maîtrise totale à la commune** sur la direction de l'équipement. À ce titre, elle :

- est responsable de l'organisation et du fonctionnement du service,
- utilise exclusivement son personnel (titulaire ou non titulaire),
- supporte toutes les dépenses quelle que soit leur nature,
- encaisse toutes les recettes liées au service,
- est directement responsable du niveau des tarifs qui est fixé chaque année par délibération du conseil municipal.

Elle peut néanmoins se reposer sur quelques marchés ponctuels de fournitures et de prestations de service (entretien de la pelouse, maintenance...) du moment qu'elle assume la direction et l'animation du site. Pour organiser et créer sa régie, la Collectivité a deux possibilités : **régie personnalisée avec personnalité morale ou avec autonomie financière**.

Le tableau suivant récapitule les principales caractéristiques des 2 types de régie :

	Régie à autonomie financière	Régie personnalisée
<b>Statuts</b>	oui	oui
<b>Budget propre</b>	oui	oui
<b>Patrimoine propre</b>	non	oui
<b>Qui supporte les risques juridiques, techniques et financiers ?</b>	La Collectivité de rattachement	La régie
<b>Qui décide ?</b>	Le conseil d'exploitation de la régie	Le conseil d'administration de la régie